

EVOLUCION Y CERTEZA JURIDICA: EL ROL DE LA EQUIDAD

por

Alvaro Garcé García y Santos

Sumario

1. Introducción. 2. Aceptaciones de la palabra "equidad". 3. El sentido de la equidad. 4. La equidad como orden supletorio. 5. Posibilidad del fallo por equidad. 6. El rol de la equidad en el Código Civil. 7. Algunas manifestaciones doctrinarias y jurisprudenciales de la equidad en el derecho privado. a) La teoría de la imprevisión. b) Plazo de gracia y alteración del contenido negocial. c) La equidad en el derecho sucesorio: aplicación del reajuste del decreto ley 14.500 al pago de legados. d) Algunas otras referencias jurisprudenciales a la idea de equidad en el derecho privado. 8. La equidad en el derecho del trabajo. Breve referencia a la jurisprudencia laboral. 9. Conclusiones.

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el peso de la ley sobre el delincuente; que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo". (Don Quijote: 2ª parte, cap. XLII).

1. INTRODUCCIÓN

Frente a la vida "cambiante y rebelde"⁽¹⁾ el Derecho no permanece indiferente una vez formulado, jamás queda éste encerrado en sus expresiones normativas. Los hechos nuevos, la variable realidad social que es preciso atender, han obligado y obligan permanentemente a redimensionar y replantear ese "plan mínimo de vida en común que, en definitiva, es el Derecho"⁽²⁾. Como ha dicho Couture, el Derecho es plenario o tiene la aspiración de serlo, pero no es hermético.⁽³⁾

Si, una vez establecido, el derecho cristaliza en una estructura rígida e inmóvil, ésta pronto se agrietaría ante el inevitable alejamiento entre las previsiones legales y la realidad, que progresivamente se iría produciendo, y podría incluso llegar a desplomarse. Atendiendo a este fenómeno el legislador, que no ha olvidado la frecuente falta de correspondencia entre

(1) La gráfica expresión pertenece a Alberto Reyes Terra, quien, en su excelente trabajo denominado *La equidad en el sistema del Código Civil*, Revista del Colegio de Abogados, año 1976, N° extraordinario, pág. 40, la emplea para caracterizar la acción de la realidad sobre las formas jurídicas.

(2) Puig Brutao, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, pág. 92.

(3) Cit. por Reyes Terra, ob. ref., pág. 44.

los planos del ser y el deber, ha delegado en determinadas soluciones que operan como “ventanas abiertas al mundo” la propia perdurabilidad de todo el sistema ⁽⁴⁾.

Entre tales soluciones, la equidad -que atiende a las particulares circunstancias de cada caso- representa una especie “boya de salvamento”⁽⁵⁾ que al hombre concreto brinda la posibilidad de una solución justa. Con palabras de Ortega y Gasset, se trata de “la consideración del hombre y su circunstancia”, de donde aquél no puede ser escindido”⁽⁶⁾.

Como bien señala Reyes Terra al estudiar el papel que desempeña la equidad en el sistema de nuestro Código Civil, aunque en éste es excepcional el empleo de la palabra -apenas se habla de ella en unos pocos artículos, como el 736 y el 1291 ⁽⁷⁾- es fácil advertir, más allá de la escasa remisión literal, que el codificador no ha permanecido indiferente a sus clásicas soluciones, “particularmente si se atiende al reenvío recurrente a las llamadas *circunstancias del caso*” ⁽⁸⁾.

Por otra parte, los artículos 1291 y 1294 del Código Civil tienen su equivalente en el artículo 209 del Código de Comercio, que, a su vez, repite el artículo 1343 del Proyecto Acevedo. La norma mencionada distingue la revocación o resolución de las convenciones que solamente pueden ocurrir por mutuo consentimiento o por las causas que la ley expresamente señala y por otro el incumplimiento o la ejecución del contrato o de la obligación, consecuencia ésta que debe verificarse conforme al texto literal del contrato, pero también de acuerdo a la equidad, el uso y la ley ⁽⁹⁾.

Si dirigimos la mirada hacia otras ramas del Derecho -por citar algunos ejemplos, ya que la enumeración se extendería hasta donde perdurara el esfuerzo de investigación- encontraremos a la equidad como criterio de interpretación de normas de Derecho Internacional Privado ⁽¹⁰⁾; como fundamento de la responsabilidad del Estado ⁽¹¹⁾; como corolario del principio de igualdad frente a las cargas públicas ⁽¹²⁾, etc.

(4) Reyes Terra, ob. cit., pág. 44.

(5) El símil corresponde a Georges Renard, cit. por Reyes Terra, ob. ref. pág. 44.

(6) Reyes Terra, ob. cit., pág. 44. En similares términos se ha expedido otro filósofo hispano, Julián Marías, quien, en expresión de análogo valor a la empleada por Ortega y Gasset, ha hablado de la “humanización de la circunstancia”.

(7) Art. 736 del C.C.: “La accesión respecto de cosas muebles de distintos dueños, queda subordinada a los principios de la equidad natural.

Las reglas siguientes relativas a las diversas clases de accesión artificial en las cosas muebles, servirán al Juez de ejemplo para resolver los casos imprevisos, según las circunstancias particulares”.

(8) Reyes Terra, ob. cit., pág. 40.

(9) Boix J., *La teoría de la imprevisión y el derecho uruguayo*, L.J.U., T. 90, sección doctrina, pág. 8.

(10) Art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Cidip II, Montevideo, 1979): “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

(11) Cristina Vázquez, *Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista*. Rev. de Derecho Público, año 4 1995, N° 7, págs. 26 y 27.

(12) Addy Mazz, *Las garantías constitucionales ante la presión del conjunto de tributos que recaen sobre el sujeto contribuyente*. Revista Tributaria, tomo 16, N° 93, año 1989.

Asimismo, un relevamiento de reciente jurisprudencia lleva a la identificación de la equidad como elemento relevante en sede de interpretación e integración de contratos (en consonancia con el mandato legal antes señalado); además, nos muestra la proyección del concepto en distintas direcciones, a saber: fundamento del cuasicontrato de enriquecimiento sin causa; criterio de atribución de bienes gananciales; justificación de la interpretación extensiva del ámbito de aplicación del decr. ley 14.500 al pago de legados; base para la aplicación estricta de cláusulas de irresponsabilidad; pauta para definir la concesión de plazos de gracia; fundamento para la aplicación de un régimen más favorable en la liquidación de tributos aduaneros; razón suficiente para la equiparación salarial o pago de diferencias salariales, etc.

Precisamente, por sus peculiaridades, el derecho del trabajo ofrece favorable cauce a la noción de equidad. Ello ha llevado a De la Cueva ⁽¹³⁾ a postular que esta rama del derecho es, "tal vez, su campo propio de acción".

Entre nosotros, Barbagelata recuerda que por tener fundamento constitucional en muchos sistemas, la apelación a la justicia social y a la equidad no opera únicamente en el plano de las reglas de interpretación, sino a un nivel incluso más elevado que el de la ley ordinaria ⁽¹⁴⁾.

Por su parte Nicolliello, siguiendo a Rodríguez Mancini, afirma que, en consideración a la finalidad eminentemente social del derecho del trabajo, la equidad debe presidir la interpretación e integración de sus normas ⁽¹⁵⁾. Con similar orientación, Sarthou y Ameglio han indicado el papel preponderante que a la noción corresponde en el ámbito del derecho procesal laboral como uno de los rasgos diferenciales de dicha rama ⁽¹⁶⁾.

Pero equidad no es arbitrariedad ⁽¹⁷⁾. Corresponde, en este punto, recordar que un abusivo e ilimitado empleo de las soluciones inspiradas en criterios de equidad podrían suponer una verdadera fuente de agravio a la seguridad y certeza que deben imperar en todo sistema jurídico.

Precisamente, una expansiva y falsa noción de equidad dio lugar a que en otros tiempos se implorara "Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos" ⁽¹⁸⁾ y que los habitantes de Saboya, al ser ésta conquistada por Francisco I, le rogaron como gracia el no ser juzgados según equidad.

(13) De La Cueva, cit. por Mangarelli, *El problema de las lagunas en las normas laborales, la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo; justicia social, equidad, buena fe*. Rev. Derecho Laboral, N° 131, año 1983, pág. 735.

(14) Barbagelata, *El problema de las lagunas en las normas laborales (...)*; Rev. Derecho Laboral, N° 131, pág. 698.

(15) Nicolliello, *El problema de las lagunas en las normas laborales (...)*. Rev. Derecho Laboral, N° 131, págs. 717 y 720.

(16) Ameglio, *Las peculiaridades del proceso laboral*. Rev. Derecho Laboral, N° 156, año 1989, págs. 613 y 614.

(17) Con Helmut Coing (cit. por Reyes Terra), el Derecho es una creación humana pero no arbitraria.

(18) La acertada referencia histórica pertenece a Reyes Terra, ob. cit., pág. 45.

No puede obviarse el recelo manifiesto por muchos juristas, que niegan al concepto cualquier valor, incluso en tanto fundamento de obligaciones meramente naturales⁽¹⁹⁾. Muchos han denunciado su vago contenido, indefinible como todo producto de la subjetividad.

En algún caso, se ha llegado a sostener que en general, cuando se invoca la equidad, es para resolver o legitimar una arbitrariedad. No pocos juristas evidencian temor en determinarse por ésta, tomando tal concepto como una posibilidad de guiarse por una comprensión caprichosa o libremente emocional.

En todo caso, los puntos de vista reseñados no son sino una reacción natural frente a verdaderos abusos cometidos en nombre de la equidad.

El presente trabajo apunta al reconocimiento del valor de esta noción en nuestro orden jurídico. Ello supone considerar: a) los casos en que nuestro Derecho recibe directamente el término, que, desde ya, no son muchos; b) las hipótesis que suponen una admisión tácita o indirecta del mismo, en la implícita presencia en gran cantidad de disposiciones normativas o en la frecuente invocación doctrinaria y jurisprudencial; y c) la necesidad de acotar razonablemente el recurso a esta noción, de modo de prevenir cualquier contraproducente exceso: la buena salud que a lo largo de los tiempos continúa gozando el principio de equidad sólo ha resultado comprometida por una falsa concepción expansiva, -esta sí- enemiga de la certeza jurídica.

2. ACEPCIONES DE LA PALABRA “EQUIDAD”

El término deriva de la voz latina *aequitas*, y ésta del adjetivo *aequus*, “plano sin desigualdades” de donde “horizontal, que no se inclina hacia ningún lado”⁽²⁰⁾. De este sentido físico se pasó al moral de “equitativo”⁽²¹⁾.

La Real Academia Española define a la equidad como la “propensión de dejarse guiar o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”⁽²²⁾.

A juicio de Joaquín Escriche⁽²³⁾ la palabra tiene dos acepciones en jurisprudencia, pues significa tanto la “moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas”, como también “aquel punto de rectitud del juez que, a falta de ley escrita o consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón”.

(19) Colmo A, *Obligaciones*. Bs. As., 1920, pág. 61.

(20) Couture, *Vocabulario Jurídico*, pág. 270.

(21) Traducción del vocablo alemán *Billigkeit*; francés *Équité*; italiano *Equità*; portugués, *Equidade*; inglés, *Equity*.

(22) *Diccionario de la lengua española*. Madrid, Ed. Espasa Calpe, 1970, pág. 549.

(23) Joaquín Escriche, *Diccionario de legislación y jurisprudencia*. Edit. Temis, Bogotá, 1977, tomo II, pág. 427.

Couture señala tres significados del vocablo ⁽²⁴⁾, a saber: a) en un sentido general, significa “imparcialidad, ecuanimidad y espíritu de justicia”; b) en tanto orden supletorio, designa al conjunto de valores al cual puede acudir el juez en casos particulares que no tienen solución precisa en el texto legal; y c) por oposición a derecho estricto, refiere al sistema jurídico en el cual los jueces, cuando para ello los faculta expresamente la ley, pueden apartarse prudentemente del derecho positivo que estimen injusto en el caso particular, acudiendo a los dictados de su leal saber y entender.

En tanto, Recasens Siches ⁽²⁵⁾ indica también tres acepciones de la palabra equidad, “no antagónicas ni necesariamente independientes entre sí”.

Una de estas acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo; así concebida, la equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, esto es, el principio de igualdad y proporcionalidad. En este primer significado, justicia y equidad aparecen como vocablos sinónimos.

Una segunda acepción -la más usada e importante, según este autor- es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir, que resulte justa en el caso concreto para el cual fue pronunciada. En esta línea, se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que devenga justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular.

En tercer lugar, continúa Recasens, se habla también de equidad para designar el criterio en que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez o, en su caso, del funcionario administrativo.

De las tres acepciones indicadas, para el mencionado jurista la más importante es la segunda. También es ése el significado que mayores estudios ha suscitado y el que aún reclama consideración.

En efecto, concluye Recasens, por equidad se entiende ante todo y sobre todo “aquel modo de dictar sentencias judiciales y resoluciones administrativas mediante el cual se tome en cuenta las similares características del caso particular, de suerte que en vista de éstas se interprete y aplique con justicia la ley” redactada siempre en términos generales y abstractos.

3. EL SENTIDO DE LA EQUIDAD

De acuerdo a la visión tradicional, la equidad es asimilada a un correctivo ante la generalidad de la ley. En efecto, la norma jurídica es concebida por los clásicos como una disposición de carácter general que comprende el mayor número de casos posibles, “pero su generalidad es ganada con el sacrificio de su concreción, ya que ella debe tener en cuenta los grandes promedios” ⁽²⁶⁾.

(24) Couture, obra cit., págs. 269 y 270.

(25) En *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, pág. 427.

(26) Maggiore G. *L'equità e il suo valore nel Diritto*. Revista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1923, pág. 102, cit. por Tamagno en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. X, pág. 437.

Este pensamiento fue planteado ya por Aristóteles: “Si la ley habla en universal, puede darse un caso en el cual esta universalidad no se adopte; ahora, se procede rectamente si donde el legislador omitió de proveer o incurrió en error a causa de la expresión universal se corrige la norma”. “Así es determinada la naturaleza de la equidad: es una corrección de la ley cuando ésta omite algo a raíz de su universalidad. (...) Como la arquitectura lesbia, es necesaria la regla de plomo que se adapta a las formas de la piedra y no es rígida; así hace la norma en los casos particulares”⁽²⁷⁾.

Como indica Legaz y Lacambra fue el filósofo heleno quien formuló la doctrina fundamental en esta materia, que sustancialmente ha sido seguida por los distintos autores. Lo equitativo para Aristóteles no es, por esencia, algo distinto de la justicia d⁽²⁸⁾. Por el contrario, forma un todo con ésta: la equidad no sustituye a la justicia sino que corrige la injusticia que se comete en el caso particular, cuando solo se la considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general^{(29) (30)}.

Este concepto fue transferido a derecho romano³¹, donde los jurisconsultos concibieron a la equidad como un suplemento del derecho -que no lo ha previsto todo- cuya función es “suavizar” sus disposiciones en los casos dudosos.

(27) *Etica de Nicómaco*, V, 14. En este punto debe tenerse presente la dificultad que supone el estudio de los textos éticos del filósofo heleno. Bajo el nombre de Aristóteles se han conservado tres tratados éticos distintos: la *Etica de Nicómaco*, la *Etica de Eudemo* y los denominados *Magna Moralia*. Gran controversia ha existido sobre la autenticidad de tales tratados y acerca de su correspondiente importancia para la interpretación del pensamiento de Aristóteles. Hasta hace poco -aunque existen investigaciones recientes que tienden a demostrar lo contrario- se veía en *Magna Moralia* una obra espuria y muy posterior al filósofo y en la *Etica de Nicómaco* como la exposición más madura y completa del pensamiento aristotélico (*Aristóteles: sabiduría y felicidad*, José Montoya y Jesús Conill, ed. Cincel-Kapelusz, Bogotá, 1985, págs. 103, 104 y 105).

(28) “Lo equitativo -expresaba Aristóteles- es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. Cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay siempre algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirla y suplir su silencio y hablar en su lugar. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido. Tratándose de cosas indeterminadas la ley debe permanecer indeterminada como ellas (...)”. (Fragmento de *Etica a Nicómaco*, cit. por Reyes Terra, ob. ref. pág. 45).

(29) Cit. por Tamagno en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. X, págs. 437 y 438.

(30) A modo de complemento, merece ser considerada la visión aristotélica de la equidad plantada sintéticamente por Recasens Siches. Para éste, la tesis del filósofo griego sobre el punto se redondea en cuatro ideas básicas:

- a) El legislador dicta sus normas generales teniendo a la vista determinado tipo de casos: los casos habituales.
- b) Al dictar la norma, el legislador quiere que con ella se produzcan determinados efectos jurídicos respecto de los casos cuyo tipo no ha previsto.
- c) El legislador dicta la norma que precisamente dicta y no otra porque, anticipando mentalmente el efecto que ésta va a producir sobre el tipo de casos que él ha previsto, estima que ese efecto es justo.
- d) Si la vida plantea casos respecto de los cuales la aplicación de la norma general produciría no sólo efectos diferentes sino aún contrarios a los resultados que la norma da lugar cuando se aplica a los casos que el legislador tuvo a la vista, entonces notoriamente no procede aplicar la norma en cuestión a los nuevos casos que se presentaron, que son de un tipo diferente al previsto por el legislador (Enciclopedia Omeba, t. X, pág. 429).

(31) Troplong M, *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*. En Enciclopedia Omeba, t. X, pág. 438.

En la Edad Media la tesis aristotélica fue retomada por Santo Tomás, quien la limitó en sus alcances⁽³²⁾: la equidad sólo sería aplicable en los casos en que la ley apareciere opuesta al buen sentido, a la igualdad, al derecho natural y al bien común.

Francisco Suárez al ocuparse del tema sostenía: “A veces cesa la obligación de la ley en el caso particular, aunque las palabras de la ley parece que comprendan aquel caso”⁽³³⁾. “Es necesario que la ley positiva deje de obligar en algún caso particular, pues siendo una disposición universal, no es posible que en todos los casos sea tan recta que no falle en caso alguno, ya que las cosas que regula son mudables y (están) sometidas a causas contingentes que no siempre puede prever el legislador; ni, aún cuando pudiese hacerlo, resultaría conveniente formular todas las excepciones a la regla general del precepto, (porque ello) introduciría confusión infinita. Estas excepciones no implican falta de rectitud en la ley, pues, al contrario, no sería recta la ley si fuera obligatoria en estos casos; para su rectitud basta que comprenda que ocurre las más de las veces”⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾.

Entre los autores contemporáneos que se han ocupado del tema, merecen destaque las opiniones de Giuseppe Maggiore y el ya citado Luis Recasens Siches.

Mientras el jurista italiano caracteriza a la equidad como una fuerza ética que dota de vida al orden jurídico positivo⁽³⁶⁾ y posibilita el tránsito desde “el ser abstracto de la ley” a su devenir concreto, el segundo aporta un enfoque diverso a los criterios tradicionalmente recibidos que, por su originalidad, amerita detenido análisis.

En efecto, a juicio de este autor el problema de la equidad no es propiamente el de “corregir la ley” al aplicarla al caso concreto, o de “suavizarla” en sus efectos. Se trata de otra cosa: de “interpretarla razonablemente”⁽³⁷⁾.

Fundándose en razonamientos de Cicerón, agrega que el empleo de la equidad no implica corregir la ley en su aplicación a determinados casos singulares. Por el contrario, significa interpretar la norma de modo correcto, esto es, de acuerdo con la voluntad del legislador y por encima del equívoco significado de las palabras. No hay que atenerse a las palabras; es necesario atenerse a las causas que motivaron la acción del legislador. “Es un dislate enorme pensar en la posibilidad de una interpretación literal. Uno puede comprender que a algunos legisladores, imbuidos por una embriaguez de poder, se les haya ocurrido ordenar tal inter-

(32) Ayarragaray C.A. *La justicia en la Biblia y el Talmud*. Pág. 450, en Enciclopedia Omeba, t. X, pág. 438.

(33) De legibus, lib. VI. Introducción y cap. VI, párr. III, reproducido parcialmente en Enciclopedia Omeba, t. X, pág. 431.

(34) Rodríguez García F, en *Justicia y Equidad*, México, 1950, pág. 51, nota 9, transcribe este párrafo de Suárez (cit. por Recasens Siches, ob. ref., t. X, pág. 431).

(35) Entre otras hipótesis en que la obligatoriedad de la ley cesa en el caso particular, Suárez señala: a) cuando aquélla, no obstante preceptuar una conducta intrínsecamente justa en condiciones normales, no obliga en el caso concreto por razones de humanidad; y b) cuando la ley, prescribiendo una conducta justa para la generalidad de los casos, no obliga en la situación especial por considerarse que, por las circunstancias, no fue intención del legislador obligar en el tal caso.

(36) Maggiore, cit. en Omeba, t.X, pág. 431. La equidad es, para dicho autor, el nexa que coordina “lo universal de la ley con la particularidad del caso controvertido”.

(37) Recasens Siches, ob. cit., t.X, pág. 427.

pretación. Lo cual, por otra parte, resulta por completo irrelevante, carente de toda consecuencia jurídica, porque el legislador, por absolutos que sean los poderes que se le hayan conferido, no puede en ningún caso definir sobre el método de interpretación de sus mandatos”. Puede éste válidamente “abrogar una ley o dictar nuevas normas; tiene incluso poder para aclarar en términos generales el sentido y alcance que quiso dar a una ley suya anterior (...) pero si habla de métodos de interpretación emite entonces palabras que se les debe llevar el viento”⁽³⁸⁾. Lo expuesto, continúa, no implica debilitar o cercenar el deber de obediencia a la ley porque dicho deber refiere precisamente a una norma general pero no comprende -no podría jamás comprender- la tarea de individualización, la cual es, en esencia, extraña a la función legislativa⁽³⁹⁾.

En suma, desde este punto de vista la equidad no representa un recurso extraordinario para suavizar la aplicación de ciertas leyes, sino el procedimiento ordinario que debe guiar y presidir la interpretación de toda norma.

4. LA EQUIDAD COMO ORDEN SUPLETORIO

En forma acertada señala Puig Brutao⁽⁴⁰⁾, que, históricamente, el pensamiento de los juristas ha oscilado entre dos extremos que son: a) el ideal de conseguir que la realización de la justicia consista en la rígida aplicación de reglas prefijadas; y b) la conveniencia de resolver cada caso de manera justa, prescindiendo eventualmente de todo tecnicismo y de soluciones predeterminadas. La realización del Derecho conlleva la determinación de un “centro de gravedad” entre ambas actitudes extremas y contrapuestas, aspecto que, según el jurista español, configura tal vez la más apasionante tarea que ante sí tiene propuesta el método jurídico.

La necesidad de superar el “inevitable anacronismo del Derecho escrito”⁽⁴¹⁾ se ha revelado en algunas épocas y en determinadas materias de modo más acuciante que en otras. En

(38) Recasens Siches, ob. cit., t.X, pág. 429. En este punto, el referido jurista insiste en que la única proposición válida que puede emitirse respecto a la interpretación es que el juez en todo caso debe entender la ley del modo que lleve a la conclusión más justa para resolver el problema que tenga ante sí planteado. Al hacerlo de este modo, el magistrado -lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden positivo- da a este deber su más perfecto cumplimiento. Ello es así porque el legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr el mayor grado posible de realización de la justicia y de los valores por ésta implicados. Luego, si el juez interpreta esas leyes de modo que el resultado de su aplicación a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que animó al legislador.

(39) Al fijar reglas de interpretación, entiende el autor, el legislador incurre en un exceso similar como si se le ocurriese legislar sobre las leyes de la naturaleza o sobre las leyes de la matemática. “Aquí, ciertamente, no se trata del curso de los astros, (...) se trata de algo tan objetivo y tan respetable como el *logos de la vida humana* (itálica del autor), sobre el cual el legislador no tiene imperio alguno, como no lo tiene sobre las leyes de la física o los principios de la geometría” (ob. cit., t.X, pág. 429).

(40) Puig Brutao, ob. cit., pág. 96.

(41) Puig Brutao, ob. cit., pág. 96. Dicho autor refiere allí a la “pretensión de los códigos de prever los hechos venideros”, definida por Jerome Frank como “el anacronismo del futuro”.

algunos casos -continúa- la automática aplicación de normas prefijadas da lugar a una solución ajustada al cuerpo de los hechos y a los conflictos de intereses planteados. Pero, en otros casos, la individualización de las sentencias requiere considerable esfuerzo y el Derecho se muestra deficiente para brindar soluciones justas. Cada vez que ello ha sucedido, concluye el autor hispano, las nociones de equidad y justicia han irrumpido en el recinto del derecho estricto. Por tal razón es que, en definitiva, nunca dejan de actuar estas ideas.

Pero -como bien recuerda el citado autor- en ciertos momentos el influjo de estos conceptos ha llegado a crear un sistema de previsiones jurídicas paralelas o complementarias de las propias del Derecho estricto; tal es el caso de *ius honorarium* romano y la *equity* anglosajona.

Ambos órdenes expresan con claridad el fenómeno de la superación del Derecho estricto que, al no poder cumplir su cometido, necesita ser complementado por la idea de equidad. Las innegables diferencias que median entre el *ius honorarium* romano y la *equity* inglesa, no constituyen obstáculo para apreciar la común tendencia histórica que resulta de la comparación de ambos fenómenos, en tanto manifestaciones del problema de la renovación jurídica constante⁽⁴²⁾. De ésta resulta "el permanente estado constituyente en que siempre se halla todo auténtico sistema jurídico"⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾.

De la equidad inglesa puede decirse lo mismo que Papiniano afirmaba respecto al *ius pretorium*: éste servía para dotar de plena eficacia las reglas del *ius civile* y suplir o adicionar sus reglas. Del mismo modo, la *equity* es considerada como un complemento del *common law*.

Sin perjuicio de obvias diferencias históricas, tanto en Roma como en el Derecho anglosajón se dio el fenómeno de la convivencia de dos grupos de normas jurídicas dispares. Dicha división, lejos de marcar una ruptura dentro del orden jurídico, significó una síntesis entre el Derecho establecido y los hechos nuevos. Con palabras de Schulz⁽⁴⁵⁾, el *ius civile* desempeñó el papel de Derecho estricto -mostrándose consecuente con la necesidad de no alterar y de mantener fijo, seguro y conocido el Derecho vigente- en tanto el *ius honorarium* contribuyó a hacer realidad la aspiración de hallar soluciones equitativas a los casos que no pudieran ser mecánicamente resueltos mediante la aplicación de las normas de Derecho es-

(42) Cfm. Puig Brutao, ob. cit., pág. 101.

(43) Puig Brutao, ob. cit., pág. 101.

(44) Como ya fue destacado (nota n° 2), resulta ilusorio pensar en un derecho formulado de una vez y para siempre: los hechos nuevos someten a permanente reexamen al orden jurídico. Al respecto, recuerda Puig Brutao que el fenómeno de la codificación expresa una reformulación del derecho realizada en bloque y con la pretensión de perdurar en forma "poco menos que inalterable". Dicha labor de "ajuste" del orden jurídico no ha sido necesaria cuando una fórmula efectiva ha logrado que las variaciones siguieran de cerca las transformaciones de los hechos, esto es, cuando el ordenamiento jurídico se ha mostrado dúctil y flexible, evitando de tal modo la "dura sacudida" de una obra legislativa absolutamente renovadora. Por ello el referido jurista concluye la superioridad del derecho de juristas, que permite "seguir más de cerca y resolver sobre la marcha el problema que plantean las necesidades sociales y los nuevos conflictos de intereses", sin crear una excesiva disparidad entre el derecho como formulación positiva y como exigencia ideal (ob. cit., pág. 93).

(45) Schulz, *History of Roman Legal Science*. Oxford, 1946, cit. por Puig Brutao, ob. ref., pág. 102.

tricto ⁽⁴⁶⁾. En este dualismo, indica Pacchioni ⁽⁴⁷⁾, reside una de las causas de la grandeza del derecho romano; éste conciliaba la tradición con el progreso, a la vez que expresaba la compatibilidad entre el poder ideal de la ley y el poder real del magistrado.

El mismo sentido de constante renovación jurídica que se encuentra en la base del *ius honorarium* romano lo hallamos en la jurisdicción de equidad del canciller inglés ⁽⁴⁸⁾: el método del *common law* contrapuesto a la *equity*, ofrece elementos favorables a una progresiva evolución que, manteniéndolo al día, lo pone a cubierto de la necesidad de grandes reformas legislativas ⁽⁴⁹⁾.

La conversión de un sistema de justicia natural en un sistema de derecho estricto marcó, tanto en el derecho romano como en el inglés, un tránsito similar: lo que comenzó siendo una manera de administrar justicia basada en la razón natural terminó fructificando en una jurisdicción que aplicaba un cuerpo de normas perfectamente estructuradas. El edicto del pretor en Roma, lo mismo que la *equity* del canciller en Inglaterra, se endurecieron poco a poco y cristalizaron en un sistema de derecho tan rígido como el *ius civile* o el *common law* ⁽⁵⁰⁾. En ambos casos asistimos a la “generalización normativa” a que refiere Llewellyn. Sostiene este autor que cuando llegamos a un resultado que nos parece justo, también alcanzamos la noción de un modelo general de conducta al que corresponde tal solución. Este proceso de generalización, en definitiva, conduce de considerar que una solución es justa a estimar que la misma responde a un derecho ⁽⁵¹⁾.

De tal modo, tanto en Roma como en Inglaterra lo que al comienzo fue una forma de impartir justicia basada en el arbitrio de una conciencia individual abrió paso a un conjunto sistemático de normas de derecho objetivo ⁽⁵²⁾. En cierta forma, era inevitable que la reiteración de las soluciones que comenzaron por ser una mera invocación a la rebeldía frente a la injusticia o al abuso de derecho, terminaron dando lugar a soluciones propiamente jurídicas.

(46) Siguiendo a Arminjon, Nolde y Wolff (*Traité de Droit Comparé*, Paris, 1950) afirma Puig Brutao que sería una ingenuidad pensar que fue una imperfección del sistema romano lo que dio lugar a la existencia de normas complementarias del derecho estricto. Si tales normas tuvieron origen ello se debió al surgimiento de nuevos hechos que las reclamaban como indispensables. La necesidad de un medio de corrección y complementación del derecho tiene relación con la aparición de fenómenos no previstos cuando aquél fue promulgado.

(47) Pacchioni, *Breve historia del imperio romano*. Madrid, 1944, cit. por Puig Brutao, ob. ref., pág. 97.

(48) Cfr. Puig Brutao, ob. cit., pág. 105.

(49) Si bien la citada obra de Puig Brutao apunta a trazar un paralelismo conceptual entre el *ius honorarium* romano y la *equity* inglesa -como hemos visto, en tanto ejemplos históricos que revelan una común tendencia a corregir y adicionar el derecho estricto-, no deja de marcar el jurista hispano que mientras en Roma el procedimiento formulario implica una división vertical en fases (de cuya yuxtaposición resulta un procedimiento único) en el derecho inglés existe una dualidad de jurisdicciones cada una con su propia esfera de competencia (tribunales de derecho común y jurisdicción de equidad del Canciller) (ob. cit., págs. 115 y 116).

(50) Puig Brutao, ob. cit., págs. 117, 120 y 121.

(51) Llewellyn, K. N., *The normative, the Legal, and the Law Jobs: problem of Juristic Method*. Cit. por Puig Brutao, ob. cit., pág. 117.

(52) “De la misma manera que el derecho pretorio adquirió fijeza al pasar de un edicto a otro, la *equity* inglesa se consolidó al conservarse las decisiones de los sucesivos cancilleres. El surco del precedente dio lugar a que ambos sistemas quedaran estereotipados. Lo que representa Juliano para el derecho pretorio (...) lo representa Lord Eldon en la segunda mitad del siglo XVIII para la *equity*” (Puig Brutao, ob. cit., págs. 121 y 122).

“Una solución que tiende a presentarse con regularidad (...) hace tránsito rápidamente al campo de lo jurídico⁽⁵³⁾. Quien tiene poder para imponer una solución moral debida a su *imperium*, acaba por dejar fundado un derecho con independencia de dicho *imperium*. Por tanto, las mismas razones que, en Roma, influyeron en el carácter de edicto del pretor transformándolo de *lex annua* en un cuerpo consistente de *ius honorarium*, también influyeron en la *equity* o equidad inglesa. La historia nos muestra que la aplicación reiterada de normas morales o de conciencia acaba por transformarse en una serie de fórmulas jurídicas”^{(54) (55)}.

5. POSIBILIDAD DEL FALLO POR EQUIDAD

A diferencia de los ejemplos históricos propuestos, donde la equidad terminó cristalizando en un sistema objetivo de normas, en nuestro Derecho resultan verdaderamente excepcionales las expresas referencias normativas a dicha noción.

Entre las normas que reciben a texto expreso el concepto -además de los arts. 735 y 1291 del Código Civil y 296 Código de Comercio, ya citados al comienzo de este trabajo- corresponde mencionar los arts. 25.1, 199 y 477 numeral 5 del C.G.P.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de dicho código, la Comisión Redactora (56) expresa que “si bien se reitera el principio del deber del Tribunal de ajustar su fallo a la regla de derecho positivo, se incluye la *excepción*⁽⁵⁷⁾ de la posibilidad del pronunciamiento conforme a equidad, en los casos que así expresamente lo autorice la propia norma legal o cuando medie coincidente solicitud de las partes en ese sentido y se trate de derechos disponibles”.

Dicha solución excepcional quedó plasmada en los arts. 25.1 y 199 del C.G.P.⁽⁵⁸⁾. En sede de proceso arbitral, no obstante, la previsión cambia de signo: si en el compromiso arbitral

(53) Como bien indica Lobingier (*Precedent in Past and Present Legal Systems*, mencionado por Puig Brutao, ob. cit., pág. 98) las resoluciones de los magistrados romanos pronto revelaron la tendencia a consolidar en formas regulares. A medida que los problemas que debían ser resueltos se repetían con caracteres más o menos uniformes, la resolución anterior podría servir de punto de referencia para la posterior: la decisión de un caso que se presentó como imprevisto obliga, al presentarse de nuevo y perder su carácter imprevisible, a que el mismo magistrado proclame el criterio conforme al cual serán resueltos todos los casos que se presenten con caracteres esencialmente constantes.

(54) Puig Brutao, ob. cit., págs. 121 y 125.

(55) En la consolidación de la jurisdicción de equidad inglesa como sistema debe señalarse la influencia de Lord Nottingham, a fines del siglo XVII. De todos modos, afirma Puig Brutao apoyándose en Hambury, hasta un siglo más tarde no adquirió aquélla la consistencia necesaria para la comparación con el fenómeno paralelo del derecho romano, esto es, la promulgación del edicto de Adriano.

(56) Como se recordará, dicha Comisión fue integrada por los Dres. Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Véscovi.

(57) Destacado nuestro.

(58) La mencionada norma, cuyo *nomen iuris* es “Deberes del tribunal” preceptúa que éste “no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten”.

las partes no dejan constancia acerca de si el arbitraje será de derecho o de equidad, en el silencio se entenderá que los árbitros deberán fallar por equidad.

Atendiendo a su naturaleza, el laudo pronunciado en proceso arbitral puede distinguirse en *laudo de derecho* y *laudo de equidad*.

El *laudo de derecho* contiene un fallo conforme a derecho, por aplicación del ordenamiento jurídico al conflicto planteado; el árbitro analiza los hechos y determina en consecuencia la normativa aplicable al caso. El *laudo de equidad* no contiene un fallo conforme a derecho sino al leal saber y entender del árbitro, según la idea de justicia que éste tenga⁽⁵⁹⁾; en definitiva, el árbitro en esta hipótesis resuelve conforme a su noción de justicia con independencia del ordenamiento jurídico.

La prioridad del arbitraje de equidad sobre el de derecho no es una fórmula original de nuestro ordenamiento positivo. En España la ley de arbitraje de 1988, que sustituyó a la anterior de 1953, siguió la tendencia ya manifiesta en otros países europeos al consagrar la referida primacía⁽⁶⁰⁾.

El establecimiento de la jurisdicción de equidad representa un verdadero acierto del nuevo código. En el C.G.P. la posibilidad del fallo por equidad se hallaba apenas implícita en el texto de algunas disposiciones⁽⁶¹⁾, como los arts. 534 (carácter de los árbitros)⁽⁶²⁾, 606 (laudo arbitral en causas "menores de veinte pesos")⁽⁶³⁾ y 620 (fallo emitido por Juez de Paz en funciones de árbitro)⁽⁶⁴⁾. En el C.G.P. se introdujeron al respecto dos innovaciones significativas: a) existiendo libre disposición del derecho aducido en el juicio, la posibilidad del acuerdo entre partes para que el tribunal falle conforme a equidad (arts. 25.1 y 199); b) la regla que el arbitraje será de equidad en tanto el compromiso arbitral no recoja expresa manifestación en contrario (art. 477 num. 5).

Frente a la afirmación alguna vez expresada que el juez debe actuar como "un ministro de la equidad"⁽⁶⁵⁾ -postulado que en su base encierra una gran verdad, pero cuyos alcances podrían llegar a ser peligrosos- el reconocimiento de la jurisdicción de equidad dentro de los precisos términos marcados en el C.G.P. constituye un indudable acierto del codificador.

(59) Pereira Campos, S. *Aplicación del arbitraje a los conflictos de trabajo*. Rev. de Derecho Procesal, t. IV, año 1995, pág. 537.

(60) Lorca Navarrete, A. *La nueva ley de arbitraje española*. Agrega dicho autor que la nueva ley es, en esencia, *antiformalista* y se adapta de la mejor manera posible a la finalidad del arbitraje "en tanto institución de equidad".

(61) Cfm. Couture, ob. cit., pág. 271.

(62) Art. 534 del C.P.C.: "Todo nombramiento de árbitros debe entenderse hecho con la calidad de árbitros arbitrales y amigables componedores".

(63) Art. 606 del C.P.C.: "En las demandas que no pasen de veinte pesos conocen como árbitros, en método verbal, y su fallo se ejecutará sin apelación". La norma refiere a los Tenientes Alcaldes o Jueces de Distrito, cuya competencia pasó a los Jueces de Paz por art. 1 de la ley 12.270, de 11 de enero de 1956.

(64) Art. 620 del C.P.C.: "El Juez de Paz puede reservarse el consignar su fallo en acta separada para el cual, si lo juzgare oportuno, puede tomar consejo privado de hombres de buena razón y probidad".

(65) Gamarra J. *Plazo de gracia y cláusula penal*. A.D.C.U., t.15, pág. 328 y L.J.U., t. 62, caso 7389. En el mencionado artículo doctrinario el Profesor Gamarra vierte tal afirmación apoyándose en una sentencia pronunciada en el año 1969 por el Dr. Luis Torello, por entonces titular del Juzgado Letrado en lo Civil de 17º turno.

6. EL ROL DE LA EQUIDAD EN EL CODIGO CIVIL

Como fue dicho al comienzo, apoyándonos en el excelente trabajo de Reyes Terra sobre el tema⁽⁶⁶⁾, entendemos que, más allá de las escasas remisiones literales, la equidad es una “entidad significativa” de nuestro Código Civil.

Si tomamos en cuenta que en el Código Napoleón sólo tres artículos refieren expresamente a la equidad -los artículos 565, 1135 y 1854⁽⁶⁷⁾- no puede sorprendernos la actitud adoptada al respecto por nuestro codificador.

Además de los arts. 736 y 1291, donde el elemento gramatical recibe expresamente la noción de equidad, Reyes Terra ha identificado otras once referencias implícitas a la equidad: en tanto regla de hermenéutica de los “negocios civiles” en general (art. 16 *in fine*); como pauta que ha de tomar para fijar la pensión alimenticia provisoria que el esposo en trámite de divorcio debe servir a su esposa e hijos (art. 154); como factor moderador de la indemnización que el agente oficioso negligente debe abonar al titular (art. 1310) o de la reparación debida por quien en el orden contractual obra sin la debida diligencia (art. 1344); en tanto elemento impeditivo del cómputo del mayor valor del bien en el importe a restituir por el vendedor en la hipótesis del saneamiento por evicción en la compraventa (art. 1708); como pauta de apreciación del uso del bien dado en locación conforme a su destino por el arrendatario (art. 1812) y del derecho a remuneración de quien presta servicios sin pactar aquélla (art. 1834 inc. 3º); en cuanto presupuesto del derecho del socio de retirarse de la sociedad cuando se dispone el aumento de su aporte (art. 1910 inc. 2º); como fundamento del poder de los tribunales para otorgar un plazo de gracia en el caso del ejercicio de la condición resolutoria sin causa (art. 1431) y el abuso de derecho (art. 1321)⁽⁶⁸⁾.

El permanente reenvío que el legislador hace “a las circunstancias del caso”, continúa el autor citado, marca -mucho más que una simple muletilla- la apertura de nuestro Código Civil al “excelso ministerio” de la equidad.

(66) Más de veinte años han pasado desde la aparición de dicho artículo. La publicación data del año 1976; años después, cuando por efecto de la ruptura de la “tablita” (acaecida el 26 de noviembre de 1982) la teoría de la imprevisión tomó el centro de atención de la doctrina y jurisprudencia de la época, el estudio de Reyes Terra cobró aún mayor importancia y fue objeto de múltiples citas.

(67) “*Equità e principi generali del Diritto nell ordinamento giuridico italiano*”, en “Sources du Droit in l'honneur de François Gény”, cit. en Enciclopedia Omeba, t. X, pág. 438.

(68) Reyes Terra, ob. cit., págs. 40 y 41. Si repasamos las normas encontraremos que en los arts. 16, 154 y 1310 existe una mención a que se tendrán en cuenta “las circunstancias del caso”; el art. 1344 alude al “conjunto de circunstancias” que inciden en la calificación de la culpa en sede de responsabilidad contractual; en el art. 1708 se mencionan las “circunstancias imprevistas y extraordinarias” que inciden en el aumento de valor de la cosa vendida; el art. 1812 refiere a “las circunstancias del contrato” en tanto elemento relevante para la determinación del destino de la cosa dada en arriendo; el art. 1910 toma en cuenta el “cambio de circunstancias” que repercute en la posibilidad del alcanzar el objeto social; el art. 1431 acuerda a los tribunales la facultad de otorgar un plazo de gracia al demandado “según las circunstancias”. En los arts. 1308 y 1321 (enriquecimiento sin causa y abuso de derecho) si bien no existe remisión a “las circunstancias del caso”, la equidad se halla presente en la raíz de ambos institutos. Respecto al cuasicontrato de enriquecimiento sin causa, numerosos fallos judiciales concurren en sustento de la opinión indicada.

De tal modo, insiste Reyes Terra, queda planteado en dicho cuerpo de leyes el necesario equilibrio entre abstracción y concreción. Ambos aspectos pueden ser vistos como dos enfoques de una misma realidad, entre los que no existe oposición absoluta, sino complementación recíproca. Toda norma supone la posibilidad de su concreción, al tiempo que toda situación reclama la existencia de una norma general: sin una nota de abstracción o generalidad, el Derecho dejaría de ser un auténtico orden para devenir en una anárquica e infinita acumulación casuística en permanente y errático movimiento. Sin positividad, el Derecho no es más que una simple aspiración ideal, pero sin su nota axiológica esencial -la natural tendencia hacia la justicia como principio rector- el orden jurídico sólo es “mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano”⁽⁶⁹⁾.

En definitiva la seguridad se nutre de la idea de justicia, en cuanto encierra un pensamiento de igualdad; una igualdad consistente en esencia en procurar el “mantenimiento de un trato uniforme respecto de situaciones dadas”⁽⁷⁰⁾. “En el planteo del derecho como un ordenamiento plástico, mudable y progresivo y de la seguridad jurídica en un sentido dinámico, consustanciado con la “*facticidad*” de la vida y el contexto situacional que debe atender, y, a la vez, como fundataria de la justicia, se encuentra el “*trait d’union*” que permite conjugar las exigencias de estabilidad y certeza que conlleva la regulación jurídica, con los requerimientos de la equidad que imponen considerar “*las circunstancias del caso*” en que a veces se encuentra el “*hombre concreto*”: el hombre de carne y hueso; no el ser gris, atomizado, el “*hombre tipo*” de las categorías del sistema”⁽⁷¹⁾.

7. ALGUNAS MANIFESTACIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES DE LA EQUIDAD EN EL DERECHO PRIVADO

En los últimos tiempos la noción de equidad ha ocupado el centro de -por lo menos- tres interesantes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.

a) *La teoría de la imprevisión*

El 26 de noviembre de 1982 se produjo una devaluación extraordinaria del “*Nuevo Peso*” -signo monetario que por entonces, y desde el 1° de julio de 1975, regía en nuestro país- que lo llevó, en unos pocos días, a menos de la tercera parte de su valor⁽⁷²⁾. La “*tablita*”, esto es,

(69) Han Welzel, cit. por Reyes Terra, ob. ref., pág. 42.

(70) Antonio Fernández Gil, cit. por Reyes Terra, ob. ref., pág. 42.

(71) Reyes Terra, ob. cit., págs. 42 y 43.

(72) La estabilidad monetaria y la previsibilidad del régimen cambiario, de acuerdo a la insistente prédica oficialista de la época, sería uno de los signos característicos del “*Nuevo Uruguay*” cuyo alumbramiento, con entusiasmo, era reiteradamente anunciado. Desde 1978 se venía aplicando en nuestro país un férreo sistema de control del régimen de cambio. Al promediar el año 1982, el ya indisimulable atraso cambiario, sumado a las devaluaciones de junio-julio de 1981 en Argentina (la inspiración de Valentín Arismendi y Martínez de Hoz, ministros de economía de Uruguay y Argentina respectivamente, era en sustancia la misma) ambientaron los rumores del inminente quiebre del modelo. Pese al tajante desmentido de las autoridades -“solo un marciano” podría concebir tal posibilidad-, el viernes 26 de noviembre, dos días antes de la celebración de las “elecciones

el régimen de cambio preestablecido y controlado, fue sorpresivamente abandonada y sustituida por un sistema de fluctuación libre: la moneda extranjera quedó librada al juego de la oferta y la demanda, sin ingerencia oficial alguna.

Desde el punto de vista jurídico, correspondía calificar si el hecho narrado encuadraba en la calificación de "suceso externo, imprevisible y sorpresivo, que altera sustancialmente el entorno socio económico". En caso afirmativo, ello supondría abrir la instancia de la imprevisión ⁽⁷³⁾.

Desde luego, la incidencia de esta clase de sucesos en el mundo jurídico no representa un tema nuevo, una originalidad del Uruguay moderno: la cuestión mereció hace siglos el estudio de los juristas romanos y medievales ⁽⁷⁴⁾. En este siglo tuvo su primer caso en 1916 durante la Primera Guerra Mundial, el cual culminó en una célebre sentencia del Consejo de Estado francés en un juicio promovido por la compañía del gas de Burdeos, cuya tarifa se había convertido en ruinosa a consecuencia de la abrupta suba del precio del carbón ⁽⁷⁵⁾.

En Argentina, en 1968 la teoría de la imprevisión recibió consagración legal al modificarse el art. 1198 de su Código Civil, cuya fuente -señala Berlangieri- es el art. 1467 del código italiano de 1942 ⁽⁷⁶⁾.

En suma, la teoría sostiene que corresponde que una parte compense en todo o en parte a la otra por las pérdidas que ésta haya sufrido, debiendo para ello mediar, en forma acumulativa, las siguientes circunstancias: a) que, durante la ejecución de un contrato, se altere en forma extraordinaria la situación de hecho que le dio origen; b) que la variación fáctica tenga su causa en circunstancias imprevisibles; y, c) que la prestación se torne excesivamente onerosa para quien deba cumplir el contrato.

internas" el sistema de previsibilidad cambiaria se desplomó sin remedio. El valor del dólar estadounidense pasó en cuatro días de N\$ 13.85 por unidad a N\$ 26.00, y luego, en pocos días, disparó rápidamente a más de N\$ 40.00.

(73) Berlangieri C., L.J.U., t. 92, pág. 100, caso 10.518. Se trata de la recordada sentencia donde el magistrado admite la procedencia de la teoría de la imprevisión, no para resolver el contrato sino para replantearlo en su ecuación económica.

(74) Boix, J. Ob. cit., pág. 3.

(75) Hauriou, en trabajo publicado en la Revista de Derecho Privado de Madrid, 1926, cit. por Boix, pág. 4.

(76) L.J.U., t. 92, caso 10.518, pág. 95. El magistrado menciona allí la ley 17.711 de 1968, modificativa del art. 1198 del código argentino, que quedó redactado en los siguientes términos: "En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato". Atinadamente observa Berlangieri que las bruscas y frecuentes devaluaciones que caracterizaron la economía de dicho país por décadas dieron marco favorable al resurgimiento y consolidación de la teoría del otro lado del Río de la Plata.

En nuestro país, antes de los sucesos de noviembre de 1982, el tema -si bien había sido tratado⁽⁷⁷⁾- se hallaba en plano de menor importancia y sólo había tenido cabida en algunas leyes muy aisladas⁽⁷⁸⁾.

La primera sentencia ejecutoriada que en el derecho privado hizo lugar a un reclamo fundado en la teoría de la imprevisión -ya aceptada por la jurisprudencia para el derecho público- fue pronunciada por la Dra. Blanca Juncal de Vagnoni el 30.07.84⁽⁷⁹⁾. Unos días después, el 10.08.84, el Dr. Berlangieri dictaba su recordado fallo⁽⁸⁰⁾. Como se ha señalado, ambas sentencias rompieron un axioma jurídico, esto es, que la teoría de la excesiva onerosidad superviniente no tiene "carta de ciudadanía" en nuestra legislación civil y comercial⁽⁸¹⁾.

La polémica, entonces, se desplazó hacia la juridicidad de los fallos mencionados, polarizándose la doctrina en dos corrientes: a) quienes, sin negar a la teoría en tanto tal, consideran que en nuestro Código Civil un hecho imprevisible y extraordinario no es causa suficiente para eximir total o parcialmente al deudor de su obligación de cumplimiento. Al respecto siguiendo a Capitant, Gamarra afirma que dicho cuerpo normativo, siguiendo la tradición romana, coloca por encima de todo la estabilidad del contrato y hace de ésta una de las bases del orden social. La intangibilidad del contrato es consecuencia natural de los términos solemnes consagrados en el inc. 1º del art. 1291 que dispone, como es sabido, que "los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma". Luego el nombrado autor aboga por el rechazo de la equidad y la buena fe atendiendo a las dificultades prácticas que supone la aplicación de estas nociones (indefinición, vaguedad), recordando que la equidad no puede modificar el derecho positivo y que la buena fe opera como valoración de segundo grado, una vez considerado el texto expreso. Finalmente, entre otras consideraciones, previene que el abusivo manejo de tales conceptos terminaría por subvertir el derecho positivo; b) en las antípodas, Reyes Terra y Boix realizan una muy diversa lectura del art. 1291⁽⁸²⁾. Recuerdan que la correcta interpretación de dicha norma requiere tomar en cuenta también su segundo inciso, que junto con el primero conforman una unidad monolítica. La parte final de dicha norma preceptúa que los contratos "deben ejecutarse de buena fe" y por consiguiente "obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, el uso o

(77) Según Boix, Bayley mencionaba la teoría en sus clases en "una forma si se quiere superficial" negando la posibilidad de su aplicación en el derecho privado; Peirano Facio en su *Curso de Obligaciones* (t. III, pág. 268) y Jorge Gamarra en su *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (pág. 282 y ss.) también se pronunciaron en la misma dirección. En el campo del derecho público no se discute la admisibilidad de la teoría; Sayagués Laso trató el asunto en su *Tratado de Derecho Administrativo* (t. I, Nº 391 y t. II, Nros. 514 y 550).

(78) Boix recuerda la ley 13.232, de 07.01.64, y especialmente la ley 10.440, promulgada durante la presidencia de Amézaga (20.10.43), en cuyo mérito se permitió revisar el precio de los arrendamientos rurales a raíz de una prolongada sequía que afectó el territorio nacional (ob. cit., pág. 6).

(79) Sent. 47/84, Juzgado Dptal. de la Capital de 18 turno.

(80) Sent. 184/84, Juzgado Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 4º turno.

(81) Boix J. Ob. cit, pág. 6.

(82) Reyes Terra A. *Teoría de la imprevisión*. Servicio de documentación jurídica Nº 58. Siendo ésta la única cita a dicho trabajo, en lo sucesivo cualquier otra referencia a este autor debe entenderse nuevamente como realizada a su estudio del papel de la equidad en el sistema del Código Civil: v Boix ob. cit. pág. 7.

a la ley". Y cuando ocurren circunstancias extraordinarias e imprevisibles que toman excesivamente oneroso el cumplimiento de un contrato estamos, precisamente, ante consecuencias que según su naturaleza son manifiestamente contrarias a la equidad, el uso o la ley.

Véase que, a favor o en contra, las argumentaciones expuestas toman en cuenta la noción de equidad, traduciendo en buena forma las dos actitudes básicas en general asumidas frente a la misma.

b) Plazo de gracia y alteración del contenido negocial

Una sentencia dictada el 28 de octubre de 1985 por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. turno (*Rodríguez de Vecchi, Echeverría, Pessano*)⁽⁸³⁾, y su confirmación por la Suprema Corte de Justicia⁽⁸⁴⁾, merecieron una pluralidad de comentarios, no estando ajena a dicha controversia la noción que motiva este estudio⁽⁸⁵⁾. No era de extrañar que ello haya sucedido dado que los fallos mencionados en campos polémicos, como el de las facultades del juez (especialmente el de si éstas son suficientes para alterar la regulación negocial trazada por los particulares) y el de la jurisprudencia como fuente de derecho⁽⁸⁶⁾.

El aspecto medular de la cuestión planteada consiste en determinar, concretamente, si el juez al conceder un plazo de gracia -y con el propósito de evitar la ruptura de una relación sinalagmática- puede alterar en perjuicio del acreedor la contraprestación que es de su cargo.

La respuesta afirmativa ínsita en la tesis jurisprudencial, en cuyo apoyo concurrió Gamarra, se basó, entre otras razones, en el hecho que en sede de plazo de gracia el magistrado actúa como ministro de equidad, lo cual determina la consiguiente ampliación de sus facultades (cfm. pág. 11, nota 63).

El resto de la doctrina se plegó a la posición contraria, sosteniendo que el argumento que antecede carece de peso y que, siendo de carácter excepcional las reglas que permiten al juez actuar a su arbitrio y conforme a equidad, aquéllas son de interpretación estricta. Por otra parte, si el fundamento primordial del plazo de gracia es la búsqueda de la equidad⁽⁸⁷⁾ no se entiende su aplicación cuando, justamente por ésta, se llegaría a la ruptura de la misma⁽⁸⁸⁾.

(83) L.J.U., t. 93, caso 10.649.

(84) L.J.U., t. 96, caso 10.978.

(85) La evolución de la polémica doctrinaria puede seguirse a través de la lectura del Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomos 17, 18 y 19.

(86) Blengio J. *Plazo de gracia y modificación del contenido negocial*. A.D.C.U., t. 19, sección Doctrina, pág. 19.

(87) Cfm. Gamarra, Reyes Terra, Carnelli, Priore Estacille, Laurent, etc.

(88) Blengio, ob. cit., pág. 20, y Arbiza F., *Plazo de gracia, cláusula penal y modificación del equilibrio económico del contrato*. A.D.C.U., t. 17, págs. 163 y 164.

c) *La equidad en el derecho sucesorio: aplicación del reajuste previsto en el decreto ley 14.500 al pago de legados*

Como es sabido, atendiendo al fenómeno de la desvalorización monetaria la referida norma estableció un procedimiento de reajuste para liquidar “el valor de las obligaciones que se resuelven en el pago de una suma de dinero, directamente o por equivalente, cuyo cumplimiento fuere objeto de una pretensión deducida en un proceso jurisdiccional o arbitral...” (art. 1º). El art. 8 de dicho decreto ley limitó el ámbito temporal de su aplicación a las obligaciones “que nacieren después de la fecha de su vigencia”⁽⁸⁹⁾.

En virtud de una interpretación extensiva, por sentencia N° 13 de 26.02.92⁽⁹⁰⁾, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. turno (*Calzada, Battistella de Salaverry, Berlangieri*) estimó aplicable al derecho sucesorio dicho mecanismo de liquidación y dispuso en su mérito que el reajuste de una suma legada en 1971⁽⁹¹⁾ corriera desde la fecha del testamento. En consulta agregada al expediente de referencia, Arezo Píriz advertía el exceso que supondría admitir el reajuste de la suma legada en 1971.

El fallo pronunciado en primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda, ordenando pagar al legatario la suma de N\$ 4.000 (Nuevos Pesos cuatro mil) con la actualización del decreto ley 14.500 desde la apertura de la sucesión, más los intereses legales.

Dicha decisión fue apelada por el actor, quien fincó agravios en el desconocimiento de la voluntad de la testadora, atento a que los N\$ 4.000 de entonces equivaldrían a una suma que, años después, sólo serviría para abonar una doble entrada de cine. Sostuvo, asimismo, que correspondía aplicar el criterio sustentado por Vaz Ferreira, prescindiendo en consecuencia de la cifra indicada por la testadora para entregar al legatario la suma actualizada desde la fecha del testamento. Según el actor, la interpretación del testamento debía efectuarse de acuerdo al principio de la equidad, concluyendo que el pago de un legado que no supera el diez por ciento no es conforme a tal principio.

Por unanimidad el Tribunal entendió procedente el agravio, atendiendo a que el proceso inflacionario redujo una cifra cuantiosa a otra insignificante. Juzgó, en consecuencia, que ateniéndose al tenor literal del legado se llegaría a una solución no sólo reñida con los principios de justicia sino, además, con los de la lógica. Entendiendo que la noción de equidad adquiere especial gravitación en situaciones como la planteada, revocó parcialmente la decisión de primer grado ordenando el reajuste desde la fecha del testamento, esto es, como ya señaláramos, 1971.

Frente a la interpretación del alcance de la equidad que venimos de ver, nos viene a la mente el clamor de los habitantes de Saboya de no ser juzgados según equidad (pág. 3) y la desconfianza indisimulada que autores como Alfredo Colmo (nota 19) experimentan respecto a la noción en estudio. Ya hemos señalado que la equidad bien entendida favorece al orden jurídico en tanto herramienta de su propia perdurabilidad, mientras la noción expansiva de la

(89) Marzo de 1976.

(90) A.D.C.U. t. 23, págs. 162 y 163.

(91) Destacado nuestro.

misma, una de cuyas muestras la hallamos en el fallo comentado, alienta soluciones *contra legem* -cuando menos- curiosas.

d) *Algunas otras referencias jurisprudenciales a la idea de equidad en el derecho privado*

• En sede de daño moral

1) “De nada vale sostener por un lado que debe resarcirse a la víctima para luego a la hora de determinar el monto de la indemnización hacerlo con una suma puramente simbólica, sin entidad alguna que nada compensa o bien hacerlo arbitraria o caprichosamente. Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes, ni indemnizaciones enriquecedoras. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar”⁽⁹²⁾.

2) “La Sala ha sostenido en anteriores pronunciamientos que la indemnización por daño moral no puede traducirse en modo alguno en un enriquecimiento de la víctima a expensas de quien le causó el daño, por lo que su estimación debe basarse en reglas de estricta equidad, y teniendo la realidad socio económica del país”⁽⁹³⁾.

• En sede de interpretación de cláusulas de irresponsabilidad

“Si bien estamos en el campo contractual y en el ámbito de la autonomía de la voluntad al contratar, será necesario el auxilio del principio de la buena fe y de equidad cuando se trata de interpretar las cláusulas de irresponsabilidad, y en todo caso, la interpretación habría de ser estricta (*Anuario...*, t. XII, c. 157)”⁽⁹⁴⁾.

• En sede de ejecución de contratos (art. 1291 inc. 2º del C.C.)

1) “Aunque no se aplique la legislación mercantil a la compraventa de lanas igualmente puede acudirse, para la labor de integración del contrato, a la previsión del artículo 1291 inc. 2º del Código Civil, pues esa disposición contiene un principio general de derecho aplicable tanto en materia de interpretación de los contratos (inc. 1º) como de integración de contratos (inc. 2º).

Por ende, si se descarta la aplicación de la legislación mercantil a la compraventa de lanas, la consecuencia sería la no aplicación de los arts. 296 Nº 6 y 297 del Código de Comercio, que remiten a los “usos y costumbres” comerciales en materia de interpretación y de integración de los contratos respectivamente, pero sin que en definitiva cambien

(92) Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 21er. turno, *Pérez Brignani, J.*, en L.J.U., t. 96, caso 12.192, pág. 42.

(93) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. turno, *Pessano (red.)*, *Echeverría, Rodríguez de Vecchi*, sentencia 52/89, en A.D.C.U., t. 20, págs. 65 y 66.

(94) Juzgado Letrado de Primera Instancia de 3er. turno, *Cafasso, M.*, sent. 540/87, en A.D.C.U., t. 18, Nros. 211 y 594, págs. 41 y 103.

sustancialmente las cosas, porque según el art. 1291 del Código Civil son de aplicación, en sede de ejecución del contrato, las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, el uso o la ley”⁽⁹⁵⁾.

2) “Cabe expresar que esta Sede comparte la caracterización del contrato de transporte efectuada por la Sra. Juez “a quo”, y se agrega que en él, como en todo contrato, las partes se obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley”⁽⁹⁶⁾.

3) “La actora contrató con la empresa la impermeabilización de la azotea. Era por tanto ‘conforme a la equidad’ según lo impone el artículo 1291 del Código Civil, que tal empresa antes de contratar la obra se asegurase técnicamente que ella daría un buen resultado para su cliente, y en caso contrario hubiera aclarado a la actora que sin impermeabilización de la azotea vecina (...) peligraba el éxito de los trabajos que se estaban contratando”⁽⁹⁷⁾.

• En tanto fundamento del cuasicontrato de enriquecimiento sin causa (art. 1308 del C.C.)

1) “El instituto del enriquecimiento sin causa, amparado en el art. 1308 del Código Civil, tiene como fundamento una razón de equidad, la que consiste en no permitir que nadie se enriquezca a expensas de otro y que el actor no dispone de ninguna otra acción derivada de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, para obtener lo que pretende”⁽⁹⁸⁾.

2) “Existe coincidencia en doctrina y jurisprudencia, sin fisuras, en que no basta para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, que persigue siempre la restauración del equilibrio patrimonial con criterio de equidad, que exista de un lado enriquecimiento y del otro el empobrecimiento correlativo; es indispensable, además, que el desplazamiento patrimonial haya sido injusto o sin causa y que la reparación no puede obtenerse por otra vía, porque la acción *in rem verso* tiene un carácter esencialmente solidario”⁽⁹⁹⁾.

• En el derecho de familia

“El Tribunal comparte el criterio sustentado por el *a quo* en cuanto al destino que corresponde dar a los gananciales con cuya pérdida se sanciona al bígamo.

(95) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, *Rochón (red.)*, *Van Rompaey*, *Bermúdez*, *Almiratti (disc.)*, sentencia 41/92, en A.D.C.U., t. 23, N° 206, pág. 76.

(96) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. turno, *Pessano (red.)*, *Rodríguez de Vecchi*, *Echeverría*, en L.J.U., t. 97, caso 11.001, págs. 13 y 14.

(97) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8º turno, *Lorenzo (red.)*, *Preza*, *Baldi*, sentencia 167/90, en A.D.C.U., t. 21, N° 86, pág. 38.

(98) Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15º turno, *Bossio*, sentencia 189/86, en A.D.C.U., tomo 17, N° 245, pág. 40. En términos idénticos dicha sede dictó sentencia 143/87, recogida en el mismo tomo del Anuario, N° 265, pág. 50.

(99) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º turno, *Van Rompaey (red.)*, *Rochón*, *Bossio*, *Almiratti*, sentencia 32/92, en A.D.C.U., t. 23, N° 257, pág. 91.

Se admite que las dos posiciones sostenidas en doctrina y jurisprudencia en el punto están sólidamente fundadas; pero el Tribunal se inclina por la posición que sostiene que los bienes gananciales que pierde el bigamo deben pasar a ser propiedad de la segunda esposa.

Como sostiene el a quo, la tributación de gananciales a la esposa se basa en una presunción en el esfuerzo para la formación del patrimonio común. Ello excluye como beneficiaria, en situaciones como la de autos, a la primera esposa, que viviendo en un país distinto ninguna colaboración pudo prestar a la constitución del capital social.

Por lo demás, no se trata de dar prevalencia al matrimonio nulo sobre el válido, sino de sopesar circunstancias que dicen relación con la equidad, desde este punto de vista la segunda esposa, tan inocente como la primera, es la que quedaría socialmente en situación más desairada como consecuencia de la nulidad del matrimonio, y por lo tanto es la más necesitada de amparo legal” (100).

8. LA EQUIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Ya hemos hecho referencia (101) a la especial consideración que en esta rama del derecho cabe a la noción de equidad.

Claramente así lo entiende De la Cueva para quien la idea de justicia social, emparentada con la propia razón de ser del derecho del trabajo (102), no puede concebirse separada de la noción de equidad: “La justicia social no es, simplemente repetimos lo expuesto muchas veces, una idea abstracta. Posee un sentido profundamente humano, es un principio de acción que emerge de las necesidades reales del hombre que vive en sociedad. Tampoco es un pensamiento para satisfacción a una razón abstracta o a un dogma previamente postulado, sino una norma dictada por la vida: es, para emplear una fórmula que hemos usado muchas veces, el ordenamiento impuesto por la necesidad humana para su satisfacción integral. Se explica así que entre la idea de la justicia social y la equidad se ve una unión que debió faltar: la creación, la interpretación y la aplicación de las normas del derecho del trabajo ya no pueden tener como misión satisfacer las exigencias de postulados abstractos, o las de un ente igualmente abstracto, sino, lisa y llanamente, abrir las compuertas para que pase la vida del hombre real, de todos los hombres que en el mundo son. Concebida en estos términos, resalta la unión entre la justicia social y la equidad, pues una y otra persiguen una misma finalidad, la justicia para el hombre individual, que es el único hombre que existe” (103).

(100) Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. turno, *Calzada (red.)*, *Battistella de Salaverry, Berlangieri*, sentencia 19/92, en A.D.C.U., t. 23, N° 487, pág. 163. Se trata del mismo Ministro y mismo Tribunal que pronunció la sentencia relativa a la actualización de suma legada en 1971.

(101) Ver al respecto la página 3, especialmente las notas 13, 14 y 15.

(102) Para el autor mexicano “la idea de justicia social preside constantemente todas las instituciones de la legislación laboral” (*El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, 1975, pág. 136).

(103) De La Cueva, M. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. II, México, 1979, pág. 542. Resalta la similitud conceptual entre lo sostenido por ese autor y lo que, entre nosotros, expresara Reyes Terra.

En la misma línea, Nicolielo entiende que la equidad debe presidir la interpretación e integración de las normas. Aquélla, a su juicio, aparece ya de manifiesto cuando el constituyente indica al legislador común que las leyes del trabajo han de ser tuitivas. Así ocurre con el art. 53 de la Constitución cuando preceptúa que “el trabajo está bajo la protección especial de la ley”.

Se trata -continúa el magistrado- de un principio superior para el legislador y el intérprete, que les señala que las leyes laborales han de estar benignamente inclinadas hacia el trabajador; que no son, por ende, totalmente neutrales sino que tienden a corregir la desigualdad corriente entre el capital y la labor humana. De lo que se trata, en definitiva, es de igualar a los más valiosos con los menos valiosos y a los menos favorecidos con los más favorecidos⁽¹⁰⁴⁾.

La presencia de la equidad en esta rama del Derecho, según el ex ministro de Corte, se pone de manifiesto en la práctica de conocidos principios⁽¹⁰⁵⁾.

a) *El principio pro-operario*, que es la traducción de la postura que el constituyente impone al autor de la ley corriente: si se trata de una legislación tuitiva, en la duda o en el *vacuum legis*, ha de decidirse del modo que mejor contemple la situación del empleador pero en beneficio del operario.

b) *La carga de la prueba* ha de pesar más para el empleador, que dispone de la documentación de la empresa, que para el trabajador, más débil en los medios de defensa.

Por su parte Héctor-Hugo Barbagelata, al analizar el problema de las lagunas de las normas y su subsanación, llega a la conclusión que el tema, por las propias características del derecho del trabajo (intensidad con que obran en esta área los factores extrajudiciales, la sensibilidad al cambio social, la necesaria ambigüedad que caracteriza la expresión de las normas laborales escritas, etc.) tiene una significación social considerablemente mayor que en otras ramas del derecho⁽¹⁰⁶⁾.

En efecto, señala dicho autor que mientras en el derecho civil no son muy frecuentes los casos de las lagunas derivadas de innovaciones en el derecho del trabajo son incontables las situaciones de esta clase que se presentan, las cuales, por otra parte, frecuentemente no sólo afectan un aspecto o instituto aislado sino que, incluso, ponen en duda la aplicación de todo el sistema normativo⁽¹⁰⁷⁾: en el derecho del trabajo, tanto individual como colectivo, irrumpen constantemente figuras nuevas que ponen a prueba la capacidad de respuesta de la normativa laboral.

De ello resulta la importante función que están llamados a desempeñar los principios generales del derecho del trabajo y las nociones de justicia social, equidad y buena fe que, en

(104) Nicolielo, obra cit., págs. 720 y 721.

(105) Nicolielo, obra cit., pág. 722.

(106) Barbagelata, obra cit., pág. 711.

(107) Barbagelata, obra cit., pág. 697. Como ejemplo “espectacular” de cambio operado en el derecho mercantil dicho autor señala el surgimiento y posterior regulación de las “tarjetas de crédito”. De todos modos, señala que la proyección del problema de la “lagunosidad” es realmente menor en esta rama que en el derecho del trabajo.

tanto medios de integración, tienden no sólo a cubrir casos calificables como de *vacío jurídico*, sino que también concurren a reajustar “moldes jurídicos inadecuados a la protección de los trabajadores y, más simplemente, para restablecer la eficacia de la regla de derecho” (108).

En lo que concierne al derecho procesal del trabajo, numerosos autores advierten la importancia que en esta materia juega la equidad. Así Ameglio, luego de enumerar catorce caracteres que a su juicio signan el procedimiento laboral, centra su atención en el papel que juega la conciliación y en el amplio margen que a la equidad corresponde, como los dos rasgos diferenciales e insustituibles en el procedimiento laboral (109).

Para dicho autor, la noción en estudio representa una herramienta indispensable con que debe contar el magistrado para cumplir la finalidad última de todo procedimiento laboral, esto es, la aplicación del Derecho “en forma justa y equitativa” (110).

A primera vista, continúa Ameglio, abrir la posibilidad legal de poder recurrir a la equidad por parte del juzgador puede aparecer como un elemento que atente contra la seguridad jurídica, requisito indispensable de todo ordenamiento procesal. Pero, si profundizamos las connotaciones que plantea tal interrogante, es probable que concluyamos que “la noción de equidad representa un instrumento indispensable para lograr una mayor juridización del derecho sustantivo” (111).

Según el autor referido, en pocas ramas del derecho como en la laboral se presenta la necesidad de integrar la normativa vigente -en lo que coincide con otras opiniones ya reproducidas- agregando que ello responde al carácter fragmentario y opiniones ya reproducidas- agregando que ello responde al carácter fragmentario y asistemático que caracteriza el desarrollo y la formación del derecho del trabajo. En suma, concluye que el proceso de continua especialización normativa y la pluralidad de fuentes de creación de reglas de derecho crean un terreno fértil para la aplicación de la equidad, en tanto recurso lícito que el juez tiene a mano para lograr la solución de justicia en el caso concreto (112).

En el derecho comparado, entre múltiples soluciones inspiradas en la misma filosofía, cabe citar la Ley de Contratos de Trabajo argentina (113) N° 20.744, de 20.09.74) y la Ley del Trabajo de Venezuela. Respecto de ésta última, el propio Rafael Caldera ha dicho que en materia de fuentes e interpretación de la legislación del trabajo se trató de plasmar en la ley

(108) Lyon-Caen. *Les principes généraux de droit du travail*, en *Tendances du droit du travail français contemporain*, cit. por Barbagelata, ob. ref. págs. 681 y 698.

(109) Ameglio, E.J., ob. cit., págs. 613 y 614.

(110) Ameglio, E.J., ob. cit., pág. 614.

(111) Ameglio, E.J., ob. cit., pág. 616.

(112) Ameglio, E.J., ob. cit., pág. 616.

(113) En su artículo 11 dicha ley ordena en forma expresa que cuando una cuestión no pueda resolverse por la aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, los principios generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe. Al respecto, Mangarelli señala que si bien el derecho uruguayo no contiene una disposición similar, prevé igualmente un procedimiento de integración muy parecido.

una respuesta "acorde con la equidad, con los intereses de la clase trabajadora y con la tradición que se ha ido estableciendo en Venezuela"⁽¹¹⁴⁾.

Breve referencia a la jurisprudencia laboral

• "No es de recibo el agravio referido a la condena el pago de premio de aguinaldo, respecto de cuyo rubro igualmente se comparten los fundamentos del sentenciante. Dicho beneficio, surge probado por los testimonios del actor, fue otorgado con carácter general a todos los trabajadores, teniendo su origen en la labor realizada en el año que había terminado; y las inasistencias por enfermedad del actor se produjeron en su mayor número en el año entrante. Y si bien se trató de un beneficio gracioso otorgado por la empleadora, una razón de equidad y de equiparación salarial, lleva a que este trabajador fuera también beneficiario del mismo, máxime cuando no surge de autos ningún elemento que permita concluir que mereciera su exclusión"⁽¹¹⁵⁾.

• "Para superar eso que se llama "laguna" (...) la Sala de Trabajo de 2º turno (...) ocurre a un sistema normativo mayor, situando a nivel de los principios que rigen esa rama jurídica el principio de equidad y la equiparación normativa. No se comparten sus conclusiones. Para la mayoría de la Corporación, de esa manera, el Tribunal de mérito ha hecho una equivocada composición del subsistema normativo aplicable: tanto la equidad como la equiparación no son sino especificaciones de la justicia concreta, en un caso, y de la justicia abstracta, en el otro. No son directamente reglas jurídicas sino postulados de composición de sistemas y subsistemas deónticos (...)"⁽¹¹⁶⁾.

• "El Tribunal considera acertado aplicar un criterio promedial de una hora extra en invierno y dos en los meses de diciembre a marzo. Se trata de una solución equitativa, teniendo la equidad un amplio margen de aplicación en materia laboral, ante las dificultades que existen para probar este rubro, y para evitar asimismo abusos contra las empresas"⁽¹¹⁷⁾.

• "No cabe duda, por estas declaraciones, que el actor hacía horas extras. La verdadera fuerza de la prueba de testigos, se dijo por nuestra jurisprudencia, no radica en lo que afirman sino en las percepciones concretas que dan razón de su conocimiento, en la fuerza con que han percibido. A la demandada correspondía acreditar, mediante documentación apropiada, el número concreto de horas laboradas y cómo se pagaron, aportando libro de horario o las carpetas de control, y en caso de no hacerlo corresponderá estar a lo afirmado por el actor. No obstante, en la especie, aplicando un criterio de razonabilidad y equidad, se habrán

(114) Autor cit., Nueva Ley de Trabajo en Venezuela, en Rev. Derecho Laboral, año 1991, N° 161, pág. 8. El capítulo referido se denomina "De la aplicación de las normas jurídicas en materia de trabajo", cuestión que, según reconoce Caldera en el trabajo citado, constituye una cuestión ampliamente debatida por la doctrina.

(115) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno, *Sunhary, Pirez Sánchez de Ramos, Cafasso*, sentencia 24/91, en Anuario de jurisprudencia laboral 1988-1991, N° 572, pág. 254.

(116) S.C. de J., en *Anuario (...)* 1988-1991, N° 1144, pág. 514.

(117) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno, *Pirez, Sunhary, Cafasso*, sentencia 229/92, en Anuario (...) 1988-1991, N° 897, pág. 222.

de abatir las reclamadas en virtud de la inexactitud de los testigos en cuanto al punto concreto”⁽¹¹⁸⁾.

• “El primer agravio del accionante se refiere a los adeudos por interinatos. Ahora bien, es cierto como dice la *a quo* que desempeñar las tareas de gerente general durante las ausencias del titular cae dentro del deber de colaboración de todo funcionario que ocupe las tareas jerárquicas del actor, pero no es menos cierto que este desempeño no debe ser gratuito. (...) Como ha expresado el Tribunal en sentencia 185/90, deberán tenerse en cuenta elementos referidos a la justa remuneración, a la equidad (...)”⁽¹¹⁹⁾.

9. CONCLUSIONES

Uno de los viejos problemas -siempre discutido en el Derecho- es el conflicto entre la equidad y la seguridad jurídica. La búsqueda del equilibrio entre tales valores hace a la esencia del ordenamiento jurídico, toda vez que su normativa no es objeto de una ciencia exacta en la que encuadren todas las posibles situaciones a resolver en el ejercicio de la función jurisdiccional.

La solución judicial, ante todo, debe ser justa. Si olvidáramos esta sencilla proposición correríamos el peligro de reducir la función jurisdiccional a un ejercicio silogístico de aplicación mecánica de las normas. Y ello resulta absolutamente extraño a la naturaleza misma del derecho, en el que los valores de justicia y equidad desempeñan una función significativa.

En puridad, la equidad y la certeza jurídica no son fuerzas antagónicas. Y, aunque lo fueran, el origen jurídico igualmente podría sostenerse sobre la adecuada tensión entre ambas nociones.

El equilibrio entre lo cierto y lo nuevo en el Derecho sólo se ha perdido cuando se han alentado soluciones *contra legem* fundadas en una errónea y expansiva noción de equidad, merecedora de justificado recelo.

La equidad -correctamente concebida- es parte insustituible en el orden jurídico, en cuanto fuerza integradora y renovadora.

Es por tanto que junto al gran Miguel de Cervantes -con quien abrimos y cerramos este trabajo- creemos que, dentro naturalmente de los precisos márgenes legales, “no es mejor la fama del juez riguroso” que la del juez equitativo.

(118) Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 10º turno, *Gómez*, sentencia 20/92, en *Anuario* (...) 1992, N° 1212, pág. 299.

(119) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno, *Pirez, Sunhary, Echeveste*, sentencia 142/93, en *Anuario* (...) 1993, N° 85, pág. 32.

